PRO CAPITVLO, ET ARCHIDIACONO SEDIS CÆSARAVGVSTÆ.

In processu Procur. fisc. & Don Martini de Pomar: & in alio process. D. Emanuelis de Bolea, & aliorum, super Iurisfirma.

DOS dificultades represento V.Señoria en la declaracion que el Cabildo, y el Arcediano de Çaragoça, tienen suplicada de aquestas firmas. La primera, que aunq̃ la nueua fideiussion, y caucion que se ofrece para seguridad de los que litigaron por credito, o por dominio en el pleyto de Mareca, sea la mas cabal y rigurosa, que puede imaginarse, no empero se puede, ni deue admitir, *creditoribus, aut colitigatoribus prędictis inuitis*, de cuya facultad pēde el no dar lugar a aquesta delegacion de seguridad, y quedarse con la primera, que al principio depēdio del arbitrio de la Audiencia: pero despues de admitida, ha de durar, ni puede alterarse sin consentimiento de los collitigantes, a quien se presto, *ex tex. in l. si mandato meo, §. 1. ff. manda. & Bald. in l. si pater, C. de collatio. & in l. Labeo, §. fin. ff. de arbitr. Muscatel. in praxi fideiussoria par. 1. modo. 8. numer. 25.*

La segunda, que la declaracion se pide para librar las manos de la Audiencia, para que pueda proceder por virtud y fuerça de los executoriales, que el Cabildo y Arcediano sacaron de la senten-

cia que obtuuieron en la Rota en la propriedad de Mareca contra el Collegio de la Compañia de Iesus. Y si este camino deuiasse, o contradixesse a las disposiciones forales, y practica del Reyno, representa V.Señoria, que seria de su officio estoruarlo denegando la declaracion, y que assi sea necessario boluernos a engolfar en la justicia original del articulo, si por auer el Cabildo y Arcediano litigado en la Audiencia Real cō el Collegio de la Compañia, sobre la tenuta y possession de Mareca, han podido conuenirles sobre la propriedad coram Sanctissimo, sin que en ello, y en la execuciō de la sentencia por la forma que oy se pide se haga encuentro a las regalias, y jurisdicion de su Magestad, o a la practica, fueros, y obseruancias del Reyno.

Empero no obstantes las susodichas dificultades parece, que la declaracion de las firmas q̄ suplican el Cabildo y Arcediano de Çaragoça procede segun derecho y fuero, y que deue hazerse. El fundamento consiste de la respuesta y resolucion de las dudas, y del verdadero sentido y practica de los asumptos, que en ellas se hazē. Y para resolucion y respuesta de la primera, es de aduertir. Lo primero, que el *tex. en la l. si mandato meo* 45. §. *Item si ff. manda.* y la sentēcia de Baldo y los demas ordinarios, *in l. si pater, C. de collatio.* con todos los que cumulo *Heringio de fideiussor. c.* 20. §. 37. *ex num.* 4. regularmente hablaron en teminos de fiança dada en contracto, y admitada por el acreedor; y en estos terminos regulariter receptior est sententia, quod creditor non cogatur, nec æque, nec magis idoneum fideiussorem recipere, priorem liberando. Et ita aliquibus reclamantibus, in iudicando & consulendo, obseruandum esse, *author est Heringius d.* §. 37. *num.* 8. no son estos los terminos de nuestra declaracion. Porque la caucion y fianças que recibio la Audiencia para meter en possession al que obtuuo en la lite pendente, no son de contracto, antes se reciben por quenta de la Audiencia, cuius commissarij sunt, & cuius nomine bona detinent; y aunque in iudicijs quasi contrahatur, cautionisque huius fideiussoriæ effectus, colligatores respiciat, in illorumque gratiam, & securitatem a foro. *Item por dar forma. & a foro. Item declarādo. de apprehen.* introducta, & recipi iussa fuerit, pero corre por quenta del Iuez q̄ la recibe, & in ea

qua-

quaſi contractus ille, qui in iudicijs intercedere ſolet, ceſſat, pues ni los fueros, ni la practica del Reyno requirieron, q̃ para eſta caucion ſe llamaſſen los collitigãtes, ni menos ſu acceptaciõ, ni aprouacion, en tanto grado, que aunque la impugnaſſen (como ſuccede cada dia) los tribunales la admiten pro arbitrio. De donde procede, que la ſubſtancia deſta caucion, y admiſſion de las perſonas que la preſtan, y ſu acceptacion, no toca a los collitigantes, aunque reſpecte ſu vtilidad, y ſeguridad, ſino al tribunal, que la recibe. Fideiubent enim Iudici, non partibus, quarum iura adhuc diſcutienda reſtant, ex incertoque futuræ litis euentu dependent. Y aunque por el intereſſe que tienen en eſperança pueden inſtar la caucion, pero quãdo no la inſtaſſen, ex officio, & forma fori la piden en las miſmas ſentencias, ni otorgan la comiſſion de corte, ſino es preſtãdola en terminos de derecho con acuerdo de los collitigantes, *vt Heringius obſeruat de fideiuſſor. c. 8. num. 26.* Porque de otra manera in ſubſidium parti obligaretur, *ex l. fi. vbi Doctor. C. de magiſtra. conueniẽ. Hippoly. in rubri. de fideiuſſor. num. 345. quod Heringius temperat, d. c. 8. numer. 27.* niſi iudex de eo tempore prudẽter arbitratus fuerit, & probauerit fideiuſſorum idoneitatem, *ex authoritate Bartoli, in l. ſi is aquo nu. 3. ff. vt in poſſeſſio. legator. Neuiza. conſ. 56. nu. 4. & Menochij caſu 10. nu. 4.* Vnde iã profluit prior difficultatis ſolutio, & temperatio *d. l. ſi mandato. §. Item ſi. ff. manda. & communis Doctorum ſententia,* que tengan lugar en los terminos en que hablan de fianças dadas en contracto y acceptadas por el acreedor; pero que no le tengan en nueſtro caſo, en el qual, aunque ſe reciben por el Iuez enſeguridad de las partes, pero ſin ſu miniſterio, acceptacion, ni aprouaciõ, ſino cõ la del Iuez, vt merito ſit ſecundum naturam, vt quemadmodũ pro eius arbitrio (quanto a las perſonas) fuerunt admiſſæ, ſic quoque & liberari poſſint, alijs æque, vel magis idoneis ſuffectis,

Lo ſegundo (quod & præcedenti ponderationi accedit) ſcribẽtes communiter diſtinxerunt, (*vt & fecit Heringi. d. §. 37. ex nu. 2.*) entre la fiança prometida, y entre la dada y acceptada. En el primer caſo admiten todos la variacion, *ex l. illud 10. quod metus cauſ. & ex l. labeo. 2. §. final. de arbitr. Bald. in l. qui autem, §. ſed & ſiquis, de conſti. pecu. cum alijs per Heringium ſupra, num. 3. en el 2. non ita.* y nueſtra lite conſiſte en

ſte en el primer caſo : porque la obligacion que los fueros. *Item por dar forma. y, declarando. de apprehenſio.* induxeron al Iuez para que no entregaſſe los bienes ſin recebir aqueſta caucion fideiuſſoria, ſal uedad que para las partes introduxeron, no conſiſte en queſean eſtos, o aquellos, ſino en que los aya ſeguros. Ni tampoco requirieron acceptacion, ni aprouacion de las partes, ni menos quitaron al Iuez la facultad de librar los primeros, ſubrogando otros: antes parece muy congruente, que pueda hazello. Quid enim ſi poſt acceptos, inſufficientes cognouerit, & præſtãtiores inueniat, priores liberando? Sane incõgruũ eſſet, ſi non haberet: vt in hoc ſenſu perfecta, & expleta prior fideiuſſio non ſit. Et ſi ſit, tamen tanquam iudici præſtita, ab eius nutu, & prudenti arbitrio penderet.

Ni las partes collitigantes, que eſperan ſu effecto, no la recibiẽdo, ni acceptando, ſino ſolo el Iuez, es razon, *ex ratione Ioan. Bernar. Muſcatel. in praxi. fideiuſſ. 2. p. quæſt. 6.* que pues no ſe le ſigue al acreedor in ſpe daño, y al deudor le reſulta vtilidad, facere id teneatur, que aunque la impugna Heringio. *d.* §. 37. *ex num.* 12. pero ſiempre habla en los terminos de la fiança de contracto admitida, y acceptada por el acreedor, *in terminis d. l. mandato,* §. *Item ſi. ff. manda.*

Tertio principaliter, licet ſummo, & ſtricto iure admitieſſemos por razon del quaſi contracto, y de que la ſubſtancia y efectos de aqueſta caucion de fuero reſpecta las partes intereſſadas, y conſeſſaſſemos, que el auerlas aceptado la Audiencia fue lo miſmo, que ſi por contracto las acceptaran las partes litigantes, y que aſſi fueſſen nueſtros terminos los de la *l. ſi mandato,* §. *Itẽ ſi. ff. manda.* aun procediera la intencion deſta parte ex ea vtilli eius regulæ limitatione, qua iudici, ſi qua iuſta cauſæ ſibi ſubeſſe videatur, permittitur inuito creditore, alijs æque, vel magis idoneis ſubrogatis, quod ex facto a collaterali conſilio determinatum fuiſſe refert Vincen. de Franchis, *deciſi.* 202.

La dificultad ſuele conſiſtir en aueriguar, qual ſe dira juſta cauſa. *Quo in articulo tametſi Ioan. Bernardus Muſcatel. d. 2. par. praxis fideiuſſor. quæſt. 6. num.* 11. *ſequutus Decium in d. l. ſi pater. C. de collatio.* putet, ſolam æquitatem, quæ ſuadet admiſſionem alterius æque idonei fidẽ iuſſoris, iuſtam cauſam cenſeri, vt creditore etiam inuito, admittatur:

tur:putarem ego,imo aliã causam extrinsece accedere debere,vt in exemplo Vincentij de Franchis, *d.decis.*202.Sed contendo enixè in occurrenti quoque casu iustissimam subesse causam eiusmodi cõmutationis cautionis fideiussorię,quod videlicet Capitulũ,&Archi diaconus Sedis Cæsaraugustanẽ, & Collegium Societatis Iesu partes, quæ principaliter contenderunt super dominio & possessione de Mareca, & ratione personarum, & rei (quia Ecclesiæ esse prætenditur)Sanctissimo subijciuntur. Et quia actum proponitur coram eo super petitorio. Et rursus quia prætenditur debita fori forma eius sententiæ executio coram tribunalibus Regijs: cumque differatur sub eo quæsito colore, quod vbi executio ab eisdẽ Regijs tribunalibus decerneretur, creditoresque, vel alij, quorum propositiones receptæ,aut repulsæ fuerunt in articulo litis pendẽtiæ,alios iuris formarum nempe, aunt proprietatis ingredi vellent, frustrati reperirẽtur effectu prędictę cautionis: iustissima causa hęc esse videtur,vt æque idonea,vel idoniori pręstita,eius commutatio admittatur,creditoribus ipsis quantumcumque reluctantibus.

Y la replica que podia hazerse,que paraq̃ aquesta causa se tenga por justa,se ha de saluar todo el encuentro y lesion, q̃ della podria resultar a la Real Iurisdicion,fueros, practicas,y estilos del Reyno, no pertenece a esta inspeccion, y resolucion de la primera dificultad que V.Señoria propuso,sino a la siguiente,vbi resoluetur.

Aquesta resolucion allana toda la dificultad, y es mas segura,q̃ otras respuestas que Muscarelo propuso a ella, y que las mas interpretaciones que refirio, *d.quæst.6. ex num.12.* al *tex.in d.l.si mandato,* §.*Itẽ si.*componiendolo como la *l. qui autem,* §.*sed & si quis certam, ff. de const.pecu.*y con la,*l.labeo.in 2.*§.*fin.& l.sequenti de arbit.& in l.si quis domum,in prin.ff.locati,& in l.illud in fine, ff. quod metus caus. & in alijs iuribus.recensitis per Decium in d.l.si pater.* que permiten la comutacion de los fiadores ygualmente suficientes,en tal manera, que el *tex.in d.l.si mandato.*§.*Item si.* que nos contradize,proceda en terminos de que la comutacion se hiziesse para librar al principal deudor, y el tex.*in d.l.qui autem,*§.*sed & si quis certam*,con los concordantes,que la admitem,proceda en nuestro caso, vel quando agitur de commutatione fideiussorum. Porque tengo por mas verdadera, la comun

B intel-

intelligencia,y conciliacion de aqueſtos textos,que la *l.ſi mandato,* §.*Item ſi.*proceda in fideiuſſore iam dato,& conſtituto,y la *l.qui autem,*§.*ſed & ſi quis certam,* en el fiador expromiſſo , non dum tamen conſtituto,ſed conſtituendo,vt perHeringium,&relatos ab eo vbi ſupra.

Quarto denique inde omnis ſubduci videtur difficultas,que en nueſtro caſo no ſe trata de comutacion de los fiadores primeros directo, nec principaliter, imo, nec vllo modo, ſino de introduzir en los tribunales de ſu Mageſtad,en quanto la razon y juſticia,y leyes del Reyno lo permitan el articulo de la execucion de la ſuſodicha ſentenciaRotal,poniendola en ſus manos y cenſura el Cabildo y el Arcediano de Çaragoça, de la qual dependera ſi ſe deura admitir,o no,y ſi acordarē los tribunales que ſi,y en conſequēcia los acreedores y collitigantes quedaſſen fruſtrados de la ſeguridad de los fiadores primeros , quaſi ea fideiuſſio rebus prout tunc ſtantibus,eſſet intelligenda,& quia re ipſa liberarentur, ſicut Collegiū pro quo fideiuſſerunt : pero aqueſta reſolubilidad como coſa occurrente ex rei natura,&intrinſeca qualitate principalium collitigatorum,Eccleſiaſticorum,& de emphyteuſi Eccleſiaſtica tolleranda videretur, tanquam cauſatiue ex facto collitigatorum ſecularium nunc firmantium proueniens:cum enim in iudicijs quaſi contrahatur,certi eſſe debebant conditionis,& qualitatis aliorum collitigantium:qua conſideratione farſan declaratio procederet,nullis quoque alijs cautionibus præſtitis: pero por quitar la diſputa y inconuinientes,ſe ofrece nueua ſeguridad a ſatisfacion de V. Señoria y de la Real Audiencia.

La ſegunda dificultad pide entero tratado del articulo principal , ſi el diuidir las inſtaciones , y articulos poſſeſſorio y petitorio,haze encuentro a la Iuriſdicion real,fueros,ypracticas del Reyno,o al derecho delos colitigantes,q̄ por dominio,o credito litigaron.In quo pro Capitulo & Archidiacono ampliſſima reſponſa edita fuerunt: vnde reſolutio videtur petenda. Solo aduierto,que la dificultad principal,que corria al tiempo de las firmas,y monitorios del Fiſcal de ſu Mageſtad , ceſſa agora, ya, porque ha ſido de ſuReal ſeruicio mādarle que ſe apartara,y que deſembaraçara el

camino

camino para entrar a diſputar en ſus tribunales de viribus & effectu, & executione ſententiæ Sanctiſſimi, ya porque las partes ſeculares que pueden pretender intereſſe en la cobrança de los creditos, o en otra manera, ſe les aſſeguran el Cabildo, y Arcediano con ygual, o mayor caucion, ya porque aſſeguradas por eſte camino el intereſſe todo era de ſu Mageſtad. Pues los Seculares no tendrian q̃ recorrer a Iuezes Eclesiaſticos, ya porque ſummo etiam, & ſtricto iure, & praxi Regni en cauſas que por razon de las perſonas, o de lo que ſe litiga ſe occurre a Iuezes Eccleſiaſticos, eſta en el Reyno muy introduzido que ſe venga deſpues a la execucion a los tribunales de ſu Mageſtad. Ya fialmente porque en ellos podran todas las partes proponer qualeſquiera excepciones, ſi las tuuieren, por donde no deua ponerſe en execucion la ſentencia de la Rota, y no es juſto quitarſe V. Señoria aſſi y la Audiencia el conocimiento plenario deſte articulo con vna prouiſion primera impeditiua litis ingreſſus, lo qual no puede hazerſe, ſino con excepcion que totalmente extinguiera la accion, y no puede auerla paraque el Cabildo y Arcediano no puedan introduzir pleyto enlos tribunales de ſu Mageſtad ſobre la execucion de la ſentencia Rotal, y para determinar ſobre ella: y paraque eſto ſe impidiera, era neceſſario, que clara y manifieſtamente por fuero, o practica inconcuſſa delReyno eſtuuiera introduzido el no admitir aqueſta pretenſion; y no ſolo no lo eſta, pero lo contrario en los lugares que deMolina, elPlebano, y el Señor Regente Seſſe eſtan allegados en las allegaciones de eſte articulo, en lo demas me remito a los demas papeles, y entiendo procede la declaracion ſuplicada, con la cenſura de V. Señoria.

Michael Paſtor.